

Previdência complementar aberta, fundos multipatrocinados e fomento da previdência fechada

Danilo Ribeiro Miranda Martins*

Introdução

A previdência social passou a ser inserida na pauta dos Estados modernos a partir do final do século XIX. Antes da construção de um sistema previdenciário estatal, os trabalhadores, comumente submetidos a situações de risco, dependiam exclusivamente da ação caritativa individual ou familiar. Se isso já não se mostrava suficiente antes, o que se dirá na sociedade de massas em que vivemos atualmente.

No Brasil, costuma-se considerar como marco inicial da previdência social a edição da Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões para as empresas de estrada de ferro então existentes. Após, criaram-se várias outras caixas para empresas de diversos setores de atividade econômica, passando-se, em seguida, a se criar os Institutos de Aposentadoria a Pensões. Estes seriam unificados apenas em 1967, constituindo inicialmente o Instituto Nacional de Previdência Social e, em seguida, o Instituto Nacional de Seguridade Social.

Há algum tempo, no entanto, a sustentabilidade do sistema de previdência estatal tem sido questionada. O crescente *deficit* público obrigou o Estado a buscar alternativas, entre as quais se destaca a previdência complementar, fortemente estimulada a partir da edição da Emenda Constitucional 20/1998. Tal emenda alterou a redação do art. 202 da Constituição Federal, incorporando na Carta Magna princípios específicos para a previdência privada.

Neste estudo pretendemos tratar de um dos mecanismos criados no bojo da lei complementar que regulamentou o referido artigo da Constituição. Trata-se dos fundos multipatrocinados, entidades fechadas de previdência complementar que podem agregar empregados de mais de uma empresa patrocinadora, visto como um avanço com relação à legislação anterior, que previa apenas entidades unipatrocinadas.

Tem-se percebido, assim, um crescente interesse por esse tipo de fundo, sendo certo que a maior

parte dos fundos multipatrocinados são geridos por instituições financeiras. Vale notar que tais instituições oferecem, igualmente, planos de entidades abertas de previdência complementar, que possuem características específicas, distintas dos oferecidos pelas entidades fechadas.

O objetivo desse estudo, portanto, é analisar as características essenciais das entidades fechadas e das entidades abertas e avaliar em que medida tais aspectos determinam ou não a escolha por uma ou por outra. Pretendemos, assim, identificar quais medidas seriam recomendáveis para se estimular o fomento da previdência fechada nesse segmento, destacando os aspectos que mais interessam tanto às patrocinadoras quanto aos participantes e assistidos.

2 O papel da previdência complementar no contexto da seguridade social

O sistema previdenciário brasileiro, desde a Constituição de 1988, tem sido objeto de inúmeras discussões e preocupações. Pródiga na concessão de direitos sociais, é no campo do Direito Previdenciário que a chamada Constituição Cidadã se mostrou mais generosa. Como pontifica Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113):

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvimento e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna.

Foi sobre a égide da redação original da Constituição de 1988, por exemplo, que se concedeu o direito à aposentadoria aos trabalhadores rurais, independentemente de contribuição (art. 143, Lei 8.213/1991). Não sem razão, a concessão de tais direitos sem a correspondente contrapartida tem sido apontada, há muito, como uma das principais causas para os sucessivos resultados deficitários da previdência social no Brasil.

Se por um lado houve a necessidade de se buscar o reequilíbrio das contas públicas, por outro a pressão pela inclusão previdenciária de determinados grupos

*Procurador federal da Advocacia-Geral da União, especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar e procurador-chefe substituto da Procuradoria Federal junto à Previc.

não diminuiu. Nesse sentido a observação de Pereira Netto (*A Previdência Social em Reforma – O Desafio da Inclusão de um maior número de Trabalhadores*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 49):

[...] o fato é que o atual período da história da previdência caracteriza-se por profundas análises, questionamentos, propostas e ações concretas – reformas – no sentido de frear e reduzir a esfera das conquistas sociais. Assim, ainda que se possa reconhecer que, de fato, em alguns casos elas foram longe demais, no sentido de que se tornaram incompatíveis com a base econômica para sua sustentação (como, por exemplo, quando se criam benefícios previdenciários sem que seja definida a específica fonte de custeio), em outros, esse tão grande e propalado avanço social nunca chegou a se implantar.

Essas duas forças opostas podem ser sentidas especialmente nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005. Foi no bojo da primeira reforma previdenciária que se afirmou expressamente o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial no âmbito da previdência social (art. 201, *caput*), estabelecendo, no mesmo passo, critérios mais rígidos para a aposentadoria no regime geral e nos regimes próprios (arts. 40 e 201, CF).

Por outro lado, além de ter sobrevivido às reformas previdenciárias, o princípio da universalidade de cobertura e atendimento (art. 194, parágrafo único, inciso I, CF/1988) foi ampliado, pela Emenda Constitucional 47/2005, de forma a prever um sistema especial de inclusão previdenciária, como se vê do art. 41, §§ 12 e 13, da Constituição Federal.

É tendo em vista o objetivo de aumentar a cobertura previdenciária que deve ser compreendido também o fortalecimento da previdência privada no contexto das reformas constitucionais assinaladas. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 20/1998 inseriu o seguinte dispositivo na Carta Maior:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como,

à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

A inserção da previdência privada no texto constitucional representou, sem dúvida alguma, um fator de forte impulso para o desenvolvimento do setor, antes regulado apenas pela Lei 6.435/1977. Destaque-se o caráter complementar do sistema de previdência privada, a obrigatoriedade de adoção de regime de capitalização (vez que baseado em reservas que garantam o benefício contratado) e sua subsunção a regime instituído em Lei Complementar, conferindo-lhe maior estabilidade e segurança.

Segundo Paulo Kliass (*Conjuntura Social*. v. 11, n. 2, Brasília: MPAS, abr-jun./2000, p. 70):

Com a aprovação da Reforma da Previdência, sob a forma da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, foram estabelecidas as condições para uma significativa expansão do Sistema de Previdência Complementar. A partir da democratização do acesso à previdência complementar fechada e da manutenção da sua confiabilidade e segurança, estima-se um amplo crescimento do setor em curto espaço de tempo.

Sobre o papel da previdência privada no sistema de seguridade social brasileira, esclarece Pereira Netto (*op. cit.*, p. 149 e 154):

Atualmente, desde a instituição da previdência social pública entre nós, a previdência privada assume caráter nitidamente complementar, no sentido de que tem sido sempre um *plus*, facultativo, adicionado à proteção garantida pelo mecanismo oficial básico, obrigatório (ou seja, a participação em um plano de previdência privada não desobriga o segurado de contribuir, concomitantemente, para o RGPS ou um regime próprio de previdência social).

[...] o trabalhador de melhor poder aquisitivo encontra nessa modalidade de previdência uma alternativa para manter seu padrão de vida após a aposentadoria, o que a previdência pública não lhe oferece. Destarte, se a previdência privada tem como um dos seus grandes problemas o fato de não atingir a maior parte da população do país, posto que é bastante onerosa, não se pode deixar de levar em consideração que, por outro lado, é exatamente ela que virá dar certo alívio e segurança para uma outra camada da população, que tem um poder aquisitivo maior durante a atividade e se vê obrigada a reduzi-lo aos limites do INSS quando da aposentadoria.

O caráter complementar da previdência privada em relação à previdência social não faz dela um instrumento menos importante. Tal como a previdência pública, a previdência complementar também se insere no rol de direitos sociais, merecedor de igual proteção.

É o que constata Rodrigues (*Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36-37):

[...] estaria a previdência, tanto a pública como a complementar privada, abrangida pelos direitos fundamentais de segunda geração, pois que direito social devido aos trabalhadores e seus dependentes. Não restam dúvidas de que o acolhimento previdenciário é uma decorrência obrigatória do primado do trabalho. Aqueles que dependem do seu desempenho laborativo para manter a si e a seus dependentes, somente podem possuir bem-estar mínimo se existente forma de acolhimento quando não puder haver mais condições pessoas para o trabalho, seja pelo decurso da idade, seja em caso de invalidez, ou de seu falecimento, para fazer constar os três principais eventos envolvidos. O que se pretende são os meios garantidores de uma vida digna aos destinatários desses direitos.

Naturalmente, o Constituinte de 1988, sensível à matéria, acolhe em seu texto os direitos fundamentais de segundo grau, ora objeto de nossas indagações. Veja-se que fez constar que 'a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 – dispositivo geral do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social). Este título traz em si a Seguridade Social (Capítulo II), que se integraria por ações na área da saúde, da previdência social (pública e privada complementar) e da assistência social. [...]

Mais especificamente ainda, arrolou o Constituinte, dentro os direitos sociais, o direito à previdência social e à aposentadoria (art. 6º e 7º - XXIV - CF). Ao detalhar a previdência dispensada aos cidadãos trabalhadores em nosso país, contemplou o regime geral de previdência social (art. 201), o regime de previdência complementar (art. 202) e o regime voltado para os servidores públicos (art. 40), todos a merecer semelhante destaque.

Esse entendimento – que confere o mesmo *status* aos direitos garantidos pela previdência pública e pela previdência complementar – é o que confere maior segurança ao cidadão, vez que exige, por parte do Estado, semelhante grau de atenção. Além disso, entendimento contrário levaria à conclusão de que a simples redução dos benefícios garantidos pela previdência social desoneraria o Estado da preocupação quanto ao pagamento de qualquer benefício complementar em valor superior ao teto do Regime Geral.

De modo exemplificativo, seria considerado direito fundamental a previdência paga aos servidores públicos, ainda que acima do teto do RGPS, enquanto não fosse instituído o regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição Federal. Uma vez instituído o referido regime, porém, o direito ao recebimento de benefícios transmutaria sua natureza, passando o Estado a se preocupar somente com o mínimo oferecido diretamente pelo Poder Público. Dessa forma, o direito outrora fundamental passaria a ser um direito meramente privado, e o seu não oferecimento uma questão alheia ao Estado, interessando tão somente aos particulares envolvidos.

Isso, contudo, não ocorre. Muito pelo contrário, a Lei Complementar 109/2001, ao regulamentar o art. 202, *caput*, da Constituição, desde logo imprimiu forte caráter interventivo do Estado no setor, como se vê já nos primeiros artigos da lei:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - *fiscalizar as entidades de previdência complementar*, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - *proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios*. (grifou-se)

Não é outra a leitura de Villela (*Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada – Doutrina e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Orione Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004, p. 40-41):

Como estamos tratando de previdência privada, poderíamos imaginar que o princípio constitucional a ser aplicado neste caso é, isoladamente, o da livre iniciativa, previsto no art. 1º da CF/88, já que tais entidades estariam, em tese, regidas pelo direito privado. No entanto, como vimos, o art. 202 da CF/88 está inserido no Capítulo da Seguridade Social e este, por sua vez, inserido na Constituição, logo qualquer interpretação deve seguir a interpretação ditada constitucionalmente. [...]

Portanto, para analisarmos as regras contidas no art. 202 da CF/1988 devemos levar em consideração, principalmente, os princípios e objetivos constantes nos arts. 1º, 3º e 194 da CF/1988, não nos esquecendo que se sobressai, nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, constante do inciso III do art. 1º da CF/1988. [...]

Diante desses fatos é muito importante uma atuação forte por parte do Estado - principalmente do Poder Judiciário quando da aplicação e da interpretação do Direito e, em especial, do direito previsto na Constituição - e de toda a comunidade junto aos fundos de pensão, seja na gestão, na administração ou na fiscalização, com o objetivo de torná-los sólidos, garantindo-se, assim, os benefícios futuros de todos os participantes e cumprindo os ditames de nossa Carta Magna.

Ressalte-se que essa conclusão se aplica tanto à previdência complementar fechada quanto à aberta, que se voltam para a proteção da mesma espécie de direitos e com fundamento no mesmo regramento constitucional (art. 202, CF), embora adotando estratégias por vezes distintas para a sua proteção e ampliação.

Nesse sentido é que se compreende a preocupação do Estado com a expansão da previdência complementar, seja ela fechada ou aberta, que abordaremos a seguir.

3 O problema da inclusão previdenciária no sistema complementar

Uma vez reconhecido seu caráter de direito fundamental, o direito à previdência complementar deve passar a ser pauta prioritária do Governo. Afinal, como defende Pereira Netto (*op. cit.*, p. 26), "simultaneamente a previdência é também obrigação e, mais que isso, interesse permanente do Estado, compondo os direitos fundamentais do homem na categoria dos direitos sociais."

A autora, porém, destaca o desafio de proceder à inclusão de um número maior de trabalhadores na previdência, principalmente diante da crescente informalização do mercado de trabalho.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho – OIT, um dos principais problemas dos países em desenvolvimento atualmente é a ampliação da cobertura da seguridade social. Segundo dados da OIT, 80% da população mundial ainda vive sem uma proteção suficiente da seguridade social (*Trabajo: la revista de la OIT*, n. 67, dez./2009, p. 6).

Como informa o ex-Ministro da Previdência Social Waldeck Ornélas, de cada dez trabalhadores brasileiros, seis não têm proteção do seguro social, ou seja, cerca de 37 milhões de brasileiros no total (*Conjuntura Social*. v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 16).

Essa situação tende a se agravar no longo prazo, especialmente no âmbito da previdência pública, em função da chamada transição demográfica. É o que observa Pereira Netto (*op. cit.*, p. 88):

[...] ocupamos hoje o 16º lugar em número de idosos no mundo e, dentro de trinta anos, estaremos na quinta posição, perdendo apenas para a China, a Índia, os Estados Unidos e o Japão. Além disso, os dados da OMS – Organização Mundial da Saúde indicam que o Brasil é o país que apresenta mais rápido envelhecimento populacional. [...]

Essas alterações demográficas significam um inegável avanço social, mas, por outro lado, produzem efeitos bastante graves em um sistema previdenciário. Em especial naqueles que, como o brasileiro, adotam o regime de repartição simples, assim entendido aquele que arrecada contribuições e distribui benefícios dentro de gerações diferentes.

Talvez em razão da constatação da insuficiência da previdência pública, o problema da inclusão previdenciária no sistema complementar tem se colocado com cada vez mais intensidade. No seminário Internacional de Previdência, ocorrido em Brasília nos dias 9 e 10 de dezembro de 1999, o então Secretário de

Previdência Paulo Kliass já afirmava (*Conjuntura Social*, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 114 e 115):

[...] Há apenas 2 milhões de pessoas que são participantes de fundos de pensão, em uma população economicamente ativa de quase 70 milhões de pessoas. Certamente, ainda temos de caminhar muito para melhorar o perfil da distribuição de renda, para que cada vez mais as pessoas tenham recursos que sejam poupáveis e estes recursos também caminhem para a poupança previdenciária. [...]

Procura-se fazer com que haja uma tendência à universalização de acesso à previdência complementar. A legislação era elemento de restrição, pois os fundos existentes não podiam ser aumentados em número, em função da limitação legal de que só poderiam ser criados por empresa.

Para Adacir Reis, ex-Secretário de Previdência Complementar, as modificações promovidas pela EC 20/1998 e pelas Leis Complementares 108 e 109, de 2001, aumentaram significativamente a possibilidade de ampliação do sistema. Em sua visão, o sistema de previdência complementar, na perspectiva de retomada de crescimento do País, tem uma possibilidade de absorção de oito milhões de novos participantes (*Reforma da Previdência: o Brasil e a Experiência Internacional*. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005, p. 151).

Os dados indicam que o sistema previdenciário complementar fechado conta com 370 entidades, 1.037 planos previdenciários, 2.712 patrocinadores, 2,53 milhões de participantes e assistidos e um patrimônio estimado em R\$ 502 bilhões. A previdência associativa, prevista na LC 109/2001 e implantada somente em 2003, já conta com 27 entidades e 45 planos, reunindo 450 entidades de classe, com uma reserva de R\$ 712 milhões, garantindo a cobertura previdenciária de cerca de 100 mil pessoas (Ministério da Previdência Social. *Previc. Relatório de atividades 2009*. Brasília-DF: 2010, p. 9).

Esse fortalecimento da previdência privada também pode ser verificado no âmbito da previdência aberta. É o que constata Pereira Netto (*op. cit.*, p. 156):

A previdência aberta, por sua vez, também tem experimentado crescimento acelerado (o patrimônio das entidades cresceu em torno de 40% ao ano, a partir de 1994). Provavelmente como consequência da reforma previdenciária, da estabilização econômica, do lançamento de produtos mais flexíveis (como o PGBL – Plano Gerador de Benefícios Livres) e, em alguns casos, da transferência de reservas das previdências fechadas para as abertas, o patrimônio dessas entidades ultrapassou a casa dos R\$ 10 bilhões já no primeiro

semestre de 1999 [...], englobando cerca de 3 milhões de participantes.

De acordo com a Superintendência de Seguros Privados – Susep, em maio de 2009 as reservas totais de previdência mais VGBL somavam um total de R\$ 146,6 bilhões, abrangendo mais de 15 milhões de participantes¹. E espera-se que essa taxa de crescimento, situada por volta de 20% ao ano, permaneça pelos próximos dez anos².

Tanto o crescimento da previdência complementar fechada quanto da previdência complementar aberta tem sido atribuído não só à estabilidade econômica, mas também aos novos produtos e mecanismos fornecidos por ambos os sistemas. No campo da previdência fechada, deve-se destacar a previsão da previdência instituída e dos planos multipatrocinados, ambos criados a partir da LC 109/2001.

Com relação à previdência instituída, seu crescimento tem se verificado continuamente desde o momento de sua criação (*Trinta anos da história da previdência complementar no Brasil*. Brasília: SPC, 2008, p. 24):

Mas o grande fomento para a formação da previdência complementar associativa veio a partir de 2003, num processo comandado por Adacir Reis. A SPC realizou mapeamento do mercado potencial, verificando que existiam, no país, 40 órgãos de classe federais, mais de 15 mil sindicatos e mais de 7 mil cooperativas. [...]

Ao final de 2003, segundo Adacir Reis, a SPC tinha concluído o processo de regulamentação da chamada previdência associativa (instituidores) e aprovado os primeiros planos de previdência criados no Brasil por sindicatos e entidades associativas, como cooperativas e conselhos de profissionais liberais. [...] Tratava-se de um novo tipo de previdência complementar, que se apresentava para determinados grupos associativos como alternativa a outras modalidades de previdência privada já existentes.

Interessa observar que a Espanha possui mecanismo semelhante em operação há mais tempo. Como afirma Carlos Bravo, responsável pela área de planos e fundos de pensão da Confederação Sindical de Comissões de Construções de Trabalhadores da Espanha (*Reforma da Previdência: o Brasil e a*

¹ Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menumercado/conjuntura/index.asp>>. Acesso em: 5 jun.2011.

² Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/previdencia/mat/2007/11/21/327246666.asp>>. Acesso em: 5 jun.2011.

Experiência Internacional. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005, p. 190 e 191):

Na Espanha, o sistema associativo foi instituído pelas organizações sindicais. [...] O sindicato não faz nenhuma contribuição. As contribuições são feitas pelos afiliados, com sua própria poupança. E ninguém, a não ser eles, podem fazer contribuições a esse sistema. [...]

[...] como em qualquer outra modalidade dos planos de aposentadoria, existe liberdade para movimentar os direitos. Isto é, o participante de um plano associativo pode movimentar livremente seus direitos para qualquer outro plano de previdência. [...]

A razão dos planos associativos é ofertar um serviço de qualidade para os afiliados. Como já dissemos, o papel da comissão de controle é fixar os investimentos, como deve funcionar o plano. São bastante competitivos em preços e serviços, *contudo têm uma escassa implantação*. [...] Por quê? Porque é poupança individual, *porque tem de competir com as entidades financeiras para captar a poupança individual das pessoas*. (grifou-se)

Os planos multipatrocínados, igualmente, têm merecido bastante atenção do órgão supervisor. Como salienta Paulo Kliass, ex-Secretário de Previdência Complementar (*Conjuntura Social*, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan-mar./2000, p. 120):

Há também o foco da legislação não mais sobre a entidade no seu conjunto, mas sobre o plano especificamente. Cada vez mais, com a criação dos fundos multiplanos [...] haverá crescimento das alternativas apresentadas do ponto de vista de um plano de previdência propriamente dito. [...] Na medida em que pequenas e médias empresas, bem como prefeituras e entidades associativas passem a constituir seus fundos e, portanto, seus planos, isoladamente, não tenham a capacidade de gerar uma gestão eficiente em função do problema de escala, de porte, *a idéia é que instituições do mercado financeiro, do mercado previdenciário, se especializem na gestão do pequeno*. E na gestão agregada do pequeno, há possibilidade de um patrimônio acumulado que permita a essa entidade eficiência e rentabilidade maiores. (grifou-se)

De acordo com Sousa e Nazaré (*Aspectos da previdência no Brasil e os fundos de pensão multipatrocínados: Introdução à previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 126) há as seguintes vantagens nessa espécie de fundo:

As principais vantagens da vinculação das empresas aos fundos multipatrocínados, à criação de uma nova entidade, referem-se à transferência da administração previdenciária para terceiros,

mantendo o foco no seu *business* original, e aos baixos custos de administração.

A administração profissionalizada, a transparência, a autonomia em relação à patrocinadora, a tradição e a imagem das entidades já constituídas possibilitam, ainda, uma maior aceitação dos participantes.

Os baixos custos de administração decorrem do ganho de escala obtido à medida que são incorporados novos patrocinadores e participantes. Na busca desse objetivo, alguns multipatrocínados têm atuado no mercado de prestação de serviços aos fundos de pensão que preferem manter uma estrutura operacional menor, terceirizando a maior parte dos serviços.

Como observam os autores, esse tipo de serviço tem sido oferecido hoje principalmente por instituições financeiras (*op. cit.*, p. 127):

Diferentemente da experiência internacional, no Brasil os fundos multipatrocínados sem vínculos diretos com os patrocinadores são ligados a instituições financeiras, que têm como pontos fortes a sua própria carteira de clientes e possuem como diferencial a rede de distribuição. Nesse mercado, destacam-se a BB Previdência Fundo de Pensão do Banco do Brasil; o Multipensions, vinculado ao Bradesco; o Multiprev, vinculado ao Citibank; e o HSBC Fundo de Pensão, que congregam cerca de 250 patrocinadoras e mais de 130 mil participantes e assistidos, segundo ranking da ABRAPP de dezembro de 2004. (grifou-se)

Para Gushiken, Ferrari e Freitas (*Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002, p. 109-110) o interesse das instituições financeiras é claro:

Ultimamente assiste-se uma ploriferação de Fundos Multipatrocínados, criados por bancos privados.

Essa movimentação nos remete a uma indagação: quais as razões que levam bancos privados a construir Fundos Multipatrocínados, já que são organizações fechadas e, portanto, sem fins lucrativos?

A resposta é simples: o interesse dos Bancos reside na gestão dos recursos, através da terceirização da sua administração; isto é, *o Fundo Multipatrocínado repassa a gestão dos recursos o Banco ao qual está ligado, situação que permitirá a obtenção de enormes lucros para a instituição financeira, sob forma de taxas de administração*. (grifou-se)

Como se vê, há uma grande proximidade entre os fundos de pensão multipatrocínados e os planos de previdência aberta, especialmente de natureza coletiva, oferecido pelas mesmas instituições.

Nosso objetivo, com este trabalho, é identificar as características comuns e as especificidades de cada um desses *produtos* oferecidos pelas instituições financeiras. Com isso, pretendemos salientar as razões que levam as empresas a optar por um ou outro, bem como reconhecer os aspectos dos fundos multipatrocinados que podem ser enfocados, caso se pretenda estimular o crescimento da previdência fechada nesse segmento.

4 Previdência complementar aberta e fechada: características comuns e especificidades

1 Características essenciais

A divisão entre entidades fechadas e abertas de previdência privada não surgiu com a edição da Lei Complementar 109/2001. Ela remonta à época da Lei 6.435/1977 que, desde então, já utilizava dois critérios fundamentais para diferenciar uma da outra, conforme a natureza da relação estabelecida entre a entidade e os participantes ou levando em consideração os objetivos da entidade.

O primeiro aspecto refere-se ao fato das entidades fechadas serem acessíveis somente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, e as entidades abertas não terem restrição semelhante. O segundo ponto diz respeito à finalidade lucrativa, facultada apenas para as entidades abertas.

Disponha então a Lei em comento:

Art. 4º Para os efeitos da presente Lei, as entidades de previdência privada são classificadas:

I - de acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios, em:

a) *fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas*, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras;

b) abertas, as demais.

II - de acordo com seus objetivos, em:

a) entidades de fins lucrativos;

b) entidades sem fins lucrativos.

§ 1º *As entidades fechadas não poderão ter fins lucrativos.*

§ 2º Para os efeitos desta Lei, são equiparáveis aos empregados de empresas patrocinadoras os seus gerentes, os diretores e conselheiros ocupantes de cargos eletivos, bem como os empregados e respectivos dirigentes de fundações ou outras entidades de natureza autônoma, organizadas pelas patrocinadoras.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos diretores e conselheiros das empresas

públicas, sociedades de economia mista e fundações vinculadas à Administração Pública.

§ 4º Às empresas equiparam-se entidades sem fins lucrativos, assistenciais, educacionais ou religiosas, podendo os planos destas incluir os seus empregados e os religiosos que as servem. (grifou-se)

A Lei 6.435/1977 previa ainda que a entidade de previdência privada com fins lucrativos se constituiria sob a forma de sociedade anônima e a entidade sem fins lucrativos, sob a forma de sociedade civil ou fundação.

Como leciona Gonçalves (*Direito Civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197):

As corporações dividem-se em *associações e sociedades*. Estas podem ser *simples e empresárias*, antigamente denominadas *civis e comerciais*. Como no sistema do novo Código Civil todas as sociedades são civis, optou o legislador pela nova designação supramencionada (cf. art. 982).

As *associações* não têm fins lucrativos, mas religiosos, assistenciais, desportivos ou recreativos. As *sociedades simples* têm fim econômico e visam lucro, que deve ser distribuído entre os sócios. [...]

As *fundações* constituem um acervo de bens, que recebe personalidade para a realização de fins determinados. Compõem-se de dois elementos: o patrimônio e o fim (estabelecido pelo instituidor e não lucrativo).

As sociedades anônimas, por sua vez, possuem inarredável caráter lucrativo (art. 2º, Lei 6.404/1976). Por tal razão, esse formato é adstrito às entidades abertas de previdência complementar.

A Lei Complementar 109/2001 preservou essa lógica, como pode se ver dos seus arts. 31, inciso I e § 1º, e 36, *caput*, que seguem transcritos:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; [...]

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Desse modo, salienta Tavares (*Direito Previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26):

A Lei Complementar 109/2001 dispõe que o sistema será denominado aberto, se for acessível a qualquer pessoa; ou fechado, se os assistidos somente puderem ser empregados de empresas, grupos de empresas e agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (por exemplo, a Previ – Fundo de Pensão dos Empregados do Banco do Brasil) ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional (Caixa de Assistência dos Advogados – CAARJ/OAB).

As entidades abertas são organizadas como sociedades anônimas e podem pactuar dois tipos de planos: individual e coletivo, se as pessoas físicas estiverem vinculadas a uma pessoa jurídica contratante, como, por exemplo, uma empresa. [...]

As entidades fechadas de previdência são organizadas na forma de fundação privada ou sociedade civil sem fim lucrativo. Não podem solicitar concordata ou ser submetidas à falência e seus planos são estabelecidos mediante convênio entre o patrocinador (pessoa jurídica que também contribui, como a Petrobras em relação à Petrus) ou instituidor (pessoa jurídica que apenas organiza o plano, sem contribuir, como a OAB em relação à CAARJ) e a entidade de previdência.

Em nosso sentir, o público alvo e a finalidade são dois elementos indissociáveis na diferenciação entre as espécies de entidades de previdência privada. É justamente diante da falta de finalidade lucrativa e considerando suas consequências, pressupõe-se, que a lei resolveu limitar os potenciais beneficiários das entidades fechadas de previdência complementar, o que não ocorre com as entidades abertas.

Uma das consequências mais importantes dessa diferenciação residia no art. 39, § 3º, da Lei 6.435/1977, que concedia às entidades fechadas, sob o aspecto tributário, o mesmo tratamento reservado às instituições de assistência social. Assim, nos termos do art. 19, inciso III, alínea c, tais entidades estavam imunes à incidência de impostos em geral, o que pode ser considerado natural face ao seu enquadramento dentro do sistema de seguridade social.

Nessa linha, observa Rodrigues (*Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 5):

Desde a Constituição de 1946, o nosso sistema jurídico prevê a imunidade tributária das instituições de assistência social. Conforme disposto no seu art. 31, IV, 'b', era vedado criar ou lançar imposto sobre instituições de assistência social, vedação esta que foi acompanhada pelos textos constitucionais seguintes (art. 20, III, 'c', da Constituição de 1967, e ainda art. 19, III, 'c' da EC nº 1/69). A Constituição de 1988 apenas inovou no que diz respeito ao

acréscimo da expressão 'sem fins lucrativos', o que, no entanto já era exigido em ordens normativas anteriores por força do inciso I do art. 14, do Código Tributário Nacional.

Desse modo, justifica-se a limitação para a atuação das entidades fechadas aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, evitando-se que esse benefício seja utilizado de forma a permitir uma concorrência desleal com as entidades abertas, sujeitas que estão estas a todos os ônus tributários decorrentes da atividade. Não se vislumbra outra razão para que as entidades fechadas não possam albergar pessoas que possuam vínculo de outra natureza com a empresa que não o empregatício.

Embora não presente à época da edição da Lei 6.435/1977, outra consequência importante refere-se à aplicação do Código do Consumidor. A Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, trouxe diversas disposições com a finalidade de regular as relações de consumo, conforme definições contidas nos seus arts. 2º e 3º. Destaque-se que o art. 3º, § 2º, em especial, estipula a remuneração como critério essencial para a identificação de relação de consumo.

Nesse sentido, sustenta Coelho (*Curso de Direito Comercial*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 164-165):

Hoje, o direito privado dos contratos se biparte em dois regimes: o cível e o de tutela dos consumidores. Em termos genéricos e ainda um tanto imprecisos, o regime cível disciplina as relações contratuais entre contratantes iguais (dois empresários ou dois não-empresários, por exemplo), e o consumerista cuida das relações entre contratantes desiguais (um empresário e um não-empresário, por exemplo). Tecnicamente falando, porém, a definição do regime jurídico a aplicar se encontra no conceito legal de relação de consumo. Quanto caracterizada esta, o contrato se submete ao Código de Defesa do Consumidor; quando não, ao Código Civil de 2002.

O estabelecimento de relação jurídica de natureza diversa entre a entidade privada e os participantes e assistidos também seria um forte o bastante para justificar os regimes jurídicos diferenciados. Desse modo, teríamos dois sistemas nitidamente distintos, um cuja relação contratual seria regida pelo Código Civil (previdência fechada) e outro em que a mesma relação seria regida pelo Código do Consumidor (previdência aberta).

Note-se, porém, que esse não é o caminho que tem sido trilhado pelo Poder Judiciário, que em nenhum dos dois aspectos tem reconhecido a especificidade das entidades fechadas.

No que diz respeito à imunidade tributária, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no julgamento do Recurso Extraordinário 202.700-6-DF, ocorrido em 8 de novembro de 2001, em sentido contrário ao reconhecimento da imunidade tributária das entidades fechadas (seis votos contrários, quatro a favor e uma abstenção). Com relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entre participantes e assistidos e a entidade fechada de previdência, por sua vez, o entendimento favorável à sua aplicação restou consolidado pela Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça.

Sem adentrarmos no mérito das referidas decisões, dois desdobramentos se colocam de forma premente. Em primeiro lugar, nota-se uma aproximação entre o regime jurídico das entidades abertas e das fechadas. Por outro lado, intensifica-se o questionamento sobre as razões que levariam uma empresa – ou, mais especificamente, uma instituição financeira – a optar pela criação de uma entidade fechada, em vez de oferecer o mesmo benefício por meio de uma entidade aberta de previdência complementar.

Atendo-nos novamente aos planos multipatrocinados, podemos perceber que a Lei Complementar 109/2001 representou, nesse ponto, um avanço com relação à legislação pretérita. Com a novel regulamentação, uma entidade fechada de previdência complementar passa a poder agregar mais de um patrocinador ou instituidor com a finalidade de oferecer planos de benefícios (art. 34, inciso II, alínea b).

Dessa forma, tornou-se possível o oferecimento da prestação dessa espécie de serviço a outras organizações interessadas, superando, ao menos parcialmente, a limitação de público-alvo outrora existente. Permanece, contudo, a necessidade de existência de vínculo com um patrocinador ou instituidor para a adesão de novos participantes e assistidos, requisito inexistente para a previdência aberta.

É o que explica Gushiken, Ferrari e Freitas (*op. cit.*, p. 109):

Uma única Entidade Fechada de Previdência Complementar pode congrega os empregados de uma ou de várias empresas, bem como os associados das instituidoras. [...] Esta situação permite os seguintes principais tipos de organização:

a) Entidade Unipatrocinada – EFPC com apenas um patrocinador ou com um Instituidor, normalmente com um único Plano de Benefícios aplicável a todos os participantes. Na nova legislação

recebem a denominação de ‘Patrocinador Singular’ e ‘Plano Comum’.

b) Entidade Multipatrocinada e Uniplano – EFPC com vários patrocinadores ou instituidores, mas com apenas um plano de benefícios, compartilhado de forma solidária entre esses patrocinadores ou instituidores. É definida pela nova legislação de ‘Plano Comum e Multipatrocinada’. É usual em conglomerado empresarial, quando um único plano é oferecido a todos os trabalhadores do conglomerado, mas tem diversas pessoas jurídicas patrocinando;

c) Entidades Multipatrocinadas e Multiplano – EFPC com mais de um patrocinador ou instituidor e mais de um plano de benefícios, para diversos grupos de participantes. A nova legislação a define como ‘Multiplano de Multipatrocinada’. Neste caso, poderá haver diversos planos, e vários patrocinadores sob guarda de uma entidade multipatrocinada. No mercado é chamada simplesmente de ‘Fundo Multipatrocinado’ e representa a tendência atual das EFPCs, que passam a oferecer uma administração única para vários planos específicos, um para cada conglomerado ou empresa patrocinadora.

Para as entidades abertas, de seu turno, além de facultada a adesão individual (art. 26, inciso I, LC 109/2001), a lei possibilita a adesão por meio de plano coletivo, nos termos do art. 26, inciso II, da LC 109/2001, e da Circular Susep 138/2000. Neste caso, a pessoa jurídica deve assinar contrato de adesão, de acordo com o art. 6º da mencionada Circular. Não há também maiores regras para a rescisão do referido contrato (art. 15).

Segundo o art. 4º da Circular, a pessoa jurídica contratante poderá ou não participar do custeio do plano previdenciário. O art. 19, inciso V, deixa para o contrato a definição do valor da taxa de carregamento, principal forma de remuneração da entidade aberta, limitada ao máximo de 10% sobre as contribuições para os planos estruturados na forma de contribuição variável e de 30% para os planos estruturados na modalidade de benefício definido (Resolução CNSP 66/2001). O mercado, no entanto, costuma praticar taxas de carregamento que variam de 2% a 5% sobre cada aporte, e taxas de administração que não costumam passar de 3,5%, incidentes anualmente sobre o saldo acumulado.

A norma prevê, ainda, a possibilidade de remuneração da pessoa jurídica contratante quanto a serviços relacionados à divulgação, propaganda, serviços de adesão e prestação de informações sobre o plano, utilizando-se de parte da taxa de carregamento (art. 12).

No caso das entidades fechadas multipatrocinadas, a situação é diversa. A instituição financeira que opta por essa modalidade, como já assinalado, não

poderá oferecer a possibilidade de adesão individual (art. 31, incisos I e II, LC 109/2001). Apesar de a condição de patrocinador ou instituidor ser estabelecida também por convênio de adesão, neste caso a validade do próprio negócio jurídico depende da autorização do órgão supervisor, com relação a cada plano de benefícios, na expressão do art. 13, *caput*, da Lei Complementar 109/2001. Da mesma forma, a retirada de patrocínio depende de autorização e observância das condições estabelecidas na legislação (arts. 25 e 33, inciso III, LC 109/2001).

A Lei Complementar 109/2001 estipula ainda, em seu art. 18, *caput*, que o plano de custeio deverá prever

[...] o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

Com fundamento nesse dispositivo, o então Conselho de Gestão da Previdência Complementar editou a Resolução 29, de 31 de agosto de 2009, a fim de regular os critérios e limites para custeio das despesas administrativas pelas entidades fechadas de previdência complementar.

No caso das entidades patrocinadas por entes privados, porém, a Resolução apenas impõe que o conselho deliberativo fixe os critérios quantitativos e qualitativos. A limitação do art. 6º, que limita a taxa de administração a 1% e a taxa de carregamento a 9%, apenas se aplica às entidades regidas pela LC 108, de 2001. Ou seja, especialmente no caso dos fundos multipatrocinados, *nada impede que as entidades fechadas adotem as mesmas taxas praticadas no mercado pelas entidades abertas, que visam fins lucrativos.*

Ressalte-se que, ainda que o art. 31, § 3º, da Lei Complementar 109/2001 imponha a separação do patrimônio do patrocinador e do instituidor com relação à entidade fechada, na prática, especialmente nos fundos multipatrocinados, tais entidades costumam partilhar da mesma estrutura, física e de pessoal. Do mesmo modo, os prestadores de serviço, quando não se confundem com o próprio patrocinador, costumam fazer parte do mesmo grupo empresarial.

No caso da BB Previdência, por exemplo, a página eletrônica da instituição faz questão de afirmar que “os recursos garantidores das reservas técnicas são aplicados pela BB Administração de Ativos –

Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (BB DTVM).”³

Dessa forma, torna-se extremamente difícil averiguar, na prática, a existência ou não de finalidade lucrativa da atividade desenvolvida pelos fundos multipatrocinados. É possível, pois, que as taxas de administração e de carregamento cobradas acabem revertendo integralmente para a remuneração de entidade que componha o grupo empresarial da instituição patrocinadora.

É provável, inclusive, que as instituições financeiras ofereçam taxas próximas para os dois *produtos* (entidades fechadas e entidades abertas), visto que os custos para a administração dos recursos de terceiros, em ambas as situações, tendem a ser assemelhados. Por consequência, acredita-se que o impacto dessa remuneração sobre as reservas para pagamento de benefícios previdenciários tendem a não apresentar diferença significativa. Essa hipótese, no entanto, demandaria pesquisa de campo específica para poder ser comprovada.

Desse modo, não sendo estes, aparentemente, aspectos definitivos para a escolha entre a criação e o oferecimento de uma entidade aberta ou uma entidade fechada de previdência complementar pelas instituições financeiras, cumpre-nos passar à análise de outros pontos eventualmente relevantes para a nossa análise.

2 Regras para a criação da entidade e estrutura de governança

Como já observado, as entidades fechadas de previdência complementar se constituem sob a forma de sociedade civil ou fundação, enquanto as entidades abertas são criadas sob a forma de sociedade anônima (art. 31, § 1º, e art. 36, *caput*, da LC 109/2001).

A sociedade anônima

[...] é a sociedade empresária com capital dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados *acionistas*, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem (Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63).

Pode ser aberta ou fechada, conforme suas ações sejam ou não negociadas em bolsa ou mercado de balcão (art. 4º, Lei 6.404/1976).

³ Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portalbb/page3,8942,8954,20,0,1,8.bb?codigoMenu=5356&codigoNoticia=863&codigoRet=5366&bread=1>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

Podemos citar como exemplo o Brasilprev, sociedade anônima fechada que possui como acionistas o Banco do Brasil e o Principal Financial Group⁴. A exigência de que pelo menos duas pessoas subscrevam as ações da entidade está prevista na legislação (art. 80, inciso I, LSA).

De acordo com o art. 45 do Código Civil, a existência legal de todas as pessoas jurídicas começa com a inscrição do ato constitutivo (estatuto e ata da assembléia de constituição) no respectivo registro. Como ocorre com as entidades com fins lucrativos em geral, as sociedades anônimas devem ser registradas na junta comercial do Estado em que se situa a sede da companhia (art. 967, CC).

A Lei das Sociedades Anônimas, porém, estabelece outras formalidades antes do início de seu funcionamento (art. 95 a 98). Entre eles, a comprovação do depósito da parte do capital realizado em dinheiro (art. 80, inciso III) e a apresentação a duplicada da ata de assembléia de avaliação dos bens (art. 8º). Ademais, no prazo de 30 (trinta) dias do deferimento os administradores, os administradores devem providenciar a publicação dos atos constitutivos em órgão oficial (art. 98).

O início da operação somente dependeria de autorização da CVM caso se optasse pela abertura do seu capital. A quase totalidade das entidades abertas de previdência, contudo, não fizeram ainda essa opção.

Após, a entidade aberta deve obter autorização da Susep para operar no segmento de previdência complementar, submetendo seus atos constitutivos e respectivos planos de benefícios à aprovação do órgão fiscalizador (art. 38, LC 109/2001). Também dependerão da aprovação do órgão fiscalizador os atos relativos à eleição e posse dos membros de diretoria e conselhos estatutários, bem como operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização da entidade.

A administração da companhia é atribuída pela Lei de Sociedades Anônimas ao conselho de administração e à diretoria, ou somente a esta, como dispuser o estatuto da entidade (art. 138). O conselho de administração deve ter no mínimo três membros, eleitos pela assembléia dos acionistas, destituíveis a qualquer tempo (art. 140). Seus membros devem necessariamente ser acionistas (art. 146, LSA).

A diretoria, por sua vez, é composta por dois ou mais diretores eleitos e destituíveis a qualquer tempo

pelo conselho de administração (art. 143). Os diretores podem ser acionistas ou não (art. 146). De acordo com a Lei, deve existir ainda um Conselho Fiscal, composto por no mínimo três e no máximo cinco membros (art. 161, § 1º, LSA).

Tantos os dirigentes quanto os conselheiros estão sujeitos aos deveres instituídos nos artigos 153 a 157 da Lei de Sociedades Anônimas, sob pena de responsabilidade pessoal. Desse modo, devem empregar em suas funções “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios” (art. 153).

Desse modo, devem agir sempre visando o fim e os interesses da companhia (art. 154), estando impedidos os seus membros de intervir em qualquer operação social em que tiverem interesse conflitante com o da companhia (art. 156). De acordo com o art. 155, § 1º, devem também guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para o mercado.⁵

Como observa Coelho (*op. cit.*, p. 194),

[...] a assembleia geral é o órgão máximo deliberativo máximo da estrutura da sociedade anônima. Pode, em função disso, discutir, votar e deliberar sobre qualquer assunto do interesse social, inclusive os mais diminutos problemas administrativos.

Ainda no que se refere à estrutura de governança, podemos citar a Circular Susep 249/2004, que trouxe para as entidades abertas de previdência complementar a obrigação de mecanismos de controles internos, avaliando continuamente os diversos tipos de riscos associados às atividades da entidade (art. 2º, inciso IV). Cuida-se, aqui, da implantação da metodologia de supervisão baseada em risco no âmbito da Susep.

Em se tratando de instituições financeiras, contudo, acreditamos que não houve grande inovação. A implantação de mecanismos de controles internos já deveria ser uma realidade nessas instituições desde a edição da Resolução CMN 2.554, de 1998.

Bastante distinta é a forma de constituição de uma entidade fechada de previdência complementar. Caso se opte pela estrutura de sociedade civil, em tese, serão necessários pelo menos dois sócios quotistas

⁴ Disponível em: <http://www2.brasilprev.com.br/Empresa/GovernancaCorporativa/Estatuto/Documents/Anexo_I_Estatuto.pdf>. Acesso em: 22 de jun. de 2011.

⁵ A fiscalização relativa ao cumprimento dessas normas é efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do art. 8º, inciso III, Lei 6.385/1976. No caso das entidades abertas, o art. 3º da Lei 10.190/2001 sujeitou os administradores também às regras próprias das instituições financeiras, possibilitando inclusive a decretação de indisponibilidade de seus bens, mas sob fiscalização da Susep, e não do Banco Central.

para sua constituição. Optando pela estrutura de fundação, uma única instituição poderia criar a entidade fechada, o que representa, de certa forma, uma vantagem em relação às entidades abertas.

Tanto a fundação quanto a sociedade civil terão sua ata constitutiva e estatuto registrados em cartório de registro público. No caso da fundação, exige-se a lavratura de escritura pública (art. 62, Código Civil). Não se aplica às entidades fechadas as regras que prevêm a fiscalização do Ministério Público e a necessidade de que esse órgão se manifeste nas propostas de alteração do estatuto (arts. 66 e 67, inciso III), por força do disposto no art. 72 da LC 109/2001.

Diferentemente das entidades abertas, esse registro inicial não depende de nenhuma formalidade complementar. Ou seja, mais um aspecto favorável das entidades fechadas.

Mais relevante, no entanto, nos parece ser o prazo para a autorização para funcionamento da entidade fechada e aprovação dos respectivos planos de benefícios que, no caso das entidades fechadas, fica a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc (art. 33, LC 109/2001, e art. 2º, inciso IV, Lei 12.154/2009).

Sob esse aspecto, percebe-se que é mais complexa a regulamentação das entidades fechadas, na medida em que não só a criação da entidade e seus planos de benefícios devem ser submetidos ao órgão fiscalizador; todo contrato de adesão celebrado entre a entidade fechada e patrocinador ou instituidor também deve sê-lo (art. 13, LC 109/2001), assim como ocorre por ocasião de sua retirada (art. 25). Isso se justifica em razão da responsabilidade especial do patrocinador e do instituidor com a entidade fechada de previdência complementar (art. 41, § 2º, LC 109/2001).

Por essa razão, a nosso ver, torna-se fundamental considerar-se o prazo que leva para a aprovação de tais atos no âmbito dos entes fiscalizadores. Nesse sentido, nos parece extremamente relevante o estabelecimento dos prazos para análise dos requerimentos apresentados, como se vê da recente Instrução Previc 30/2009.

Mas é na estrutura de governança que as entidades fechadas de previdência complementar apresentam as diferenças mais sensíveis.

Inicialmente, não se vislumbra a existência de uma entidade fechada sem a figura de um patrocinador ou instituidor, ao menos no momento de sua constituição (art. 31, incisos I e II, LC 109/2001). No caso dos fundos multipatrocinados, no entanto, o que se percebe é que a instituição responsável pela sua criação, geralmente, não o faz visando aos seus próprios empregados, mas sim o de outras empresas ou entidades de classe que

podem vir a aderir ao Fundo de Pensão. Dessa forma, a instituição financeira responsável pela criação do Fundo apresenta características muito próximas das de um prestador de serviço.

Embora o Código Civil tenha disposições a respeito dos órgãos que integram as sociedades civis e fundações, tais normas devem ser afastadas face ao teor do art. 35 da Lei Complementar 109/2001. Desse modo, as entidades fechadas deverão manter uma estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva – à semelhança, nesse ponto, do que ocorre com as entidades abertas.

Na entidade aberta a instância máxima de deliberação costuma ser o conselho deliberativo (inexistindo, nesse caso, a figura da Assembleia Geral), que não pode se afastar na sua atuação do objetivo primordial dessas entidades que é “instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário” (art. 2º, LC 109/2001). O eventual intuito lucrativo da instituição financeira, nesse caso, não encontra guarida na legislação.

Percebe-se, assim, a forte possibilidade de ocorrência de conflito de interesses nos fundos multipatrocinados, em que a maioria dos dirigentes e conselheiros acabam sendo indicados pela instituição financeira. Vale observar, sobre isso, a recomendação que consta do item 25 do Guia de Melhores Práticas em Fundos de Pensão:

O exercício da atividade de conselheiro e de dirigente deve ser feito em prol dos planos de benefícios e da entidade, evitando-se que o mesmo seja feito em benefício próprio ou de um grupo, evitando potencial conflito de interesses. Conselheiros e dirigentes, independente de indicação ou eleição, depois de empossados nos respectivos cargos, passam a representar a entidade e os planos de benefícios. Esses requisitos se aplicam ainda aos membros dos comitês constituídos e destinados a realizar a gestão específica de planos de benefícios.⁶

A maior diferença com relação às entidades abertas, contudo, reside no art. 35, §§ 1º e 2º, da LC 109/2001, que garantem a participação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, reservando-lhes no mínimo um terço das vagas. A esse respeito, afirma o item 17 do Guia de Melhores Práticas da Previc:

É recomendável buscar o máximo de representatividade em todas as instâncias,

⁶ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2011.

garantindo a participação, sempre que possível, de representantes de todos os planos administrados, de seus patrocinadores, instituidores, participantes e assistidos.

Essa previsão torna possível aos participantes e assistidos tomar parte nas decisões sobre a administração de seus recursos, o que não é possível no caso das entidades abertas. É o que atestam Gushiken, Ferrari e Freitas (*Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002, p. 152-216):

Com a aprovação da nova legislação, que incorpora o direito de os participantes elegerem seus próprios representantes nos órgãos diretivos de seus Fundos de Pensão, uma antiga reivindicação dos trabalhadores foi resolvida. Ainda que de maneira parcial, pois somente nas estatais se garante a paridade nos Conselhos Deliberativos e Fiscais, este novo direito não deixa de expressar uma grande inovação e avanço. [...]

A participação direta dos atores sociais, notadamente dos trabalhadores, nos órgãos previdenciários, é um importante fator de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. [...] Um dos elementos do dever da universalização dos direitos sociais, notadamente os da previdência social, avançam na proporção direta da gestão ativa da comunidade dos órgãos colegiados da previdência social em todos os níveis, reforçando a chamada democracia participativa.

Seria importante, nesse sentido, que o órgão de fiscalização averiguasse continuamente em que medida tem sido garantida a representatividade dos participantes e assistidos nos conselhos estatutários das entidades multipatrocinaadas, visto que se trata de um aspecto fundamental do perfil traçado pela Lei para as entidades fechadas de previdência complementar, do qual não se pode afastar.

Ainda quanto aos aspectos relacionados à estrutura de governança, deve-se ressaltar a edição da Resolução CGPC 13/2004. Essa norma trouxe para o sistema de previdência complementar fechada os princípios de supervisão baseada em risco, exigindo das entidades a implantação de práticas de governança, gestão e controles internos adequados ao porte, complexidade e riscos inerentes aos planos de benefícios por ela operados (art. 1º). Não há, nesse ponto, diferenças significativas com relação às entidades abertas a serem considerados.

3 Aspectos tributários

Como tivemos a oportunidade de destacar, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento

contrário ao reconhecimento da imunidade tributária dos Fundos de Pensão (RE 202.700-6-DF), exceto quando houver contribuição exclusiva do patrocinador (Súmula 730, STF).

A solução, então, foi a criação de um regime especial de tributação. É o que relata Rodrigues (*op. cit.*, p. 155):

À vista de quadro que vislumbrava derrota na tese da imunidade no plenário do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República, em 04 de setembro de 2001, editou a Medida Provisória nº 2.222 que dispunha 'sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefício de caráter previdenciário. Em seguida, outras normas legais complementaram quadro de regras tributárias destinadas a prover, para os planos previdenciários de entidades fechadas, mecanismo exacional menos oneroso do que o destinado às demais pessoas jurídicas não financeiras.

De acordo com o autor, para melhor compreensão do problema deve-se diferenciar a fase de contribuição (pagamento pelos participantes e patrocinador) da fase de acumulação (gerenciamento de recursos), e ambas da fase de recebimento do benefício (*op. cit.*, p. 156).

O art. 1º da MP 2.222/2001, inicialmente, igualou as regras de tributação incidentes na fase de acumulação sobre as entidades fechadas e sobre as entidades abertas. Após, estabeleceu a exceção constante do art. 2º, criando um regime especial de tributação. Tal regime consistia em evitar-se a tributação na fase da contribuição, tributando-se apenas os rendimentos na fase de acumulação com uma alíquota de 20%, limitada ao valor estabelecido no § 1º daquele mesmo dispositivo.

Conforme esclarece Rodrigues (*op. cit.*, p. 157-159):

Verificou-se que a contribuição da pessoa física beneficiária já dispunha de um diferimento via legislação do imposto de renda. O art. 11 da Lei 9.532, de 1997 (Art. 74, III do Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda) autoriza que se abata até 12% da renda bruta anual, desde que valores alocados em fundos previdenciários (tanto entidades abertas como fechadas). Assim, somente quando a pessoa física viesse a receber o benefício previdenciário incidiria a exação (via recolhimento à época) sobre sua renda passada não tributada.

De outro lado, a pessoa jurídica empregadora podia verter contribuições, abatendo-as de sua receita bruta, e, por conseguinte, deixando de incidir tributação sobre estes montantes (observado o limite de 20% da folha de pagamento dos participantes dos planos). Neste caso, está-se a

cuidar de alíquota de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ; alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL e os Adicionais (9%), num total de 34%. Estes valores não pagos pela pessoa jurídica empregadora ao Fisco Federal na fase de contribuição não eram percebidos mais adiante por este percentual de 34% (*ratio* do deferimento). Esses montantes se incorporavam às reservas dos planos e quando dispendidos em forma de benefícios eram recuperados parcialmente, pois que observada a alíquota da pessoa física (até 27,5%, subtraída ainda a parcela a deduzir, conforme tabela do imposto de renda).

Esta 'distorção' é que o Regime Especial de Tributação buscou evitar: a perda de receita tributária quando do aporte da contribuição do empregador pessoa jurídica. [...] Em outras palavras, o RET aumentou a carga tributária na fase de acumulação dos planos das entidades abertas e institui regime para quaisquer planos previdenciários (de entidades abertas ou fechadas), visando o diferimento dos tributos alocados na fase de contribuição.

O grande avanço no tratamento dessa matéria veio com a Lei 11.053/2004. Com a nova legislação, deixou-se de tributar na fase inicial da formação das reservas, concentrando-se a cobrança exclusivamente na fase de recebimento dos benefícios, possibilitando ao participante optar por um regime regressivo de tributação e estimulando a formação de poupança de longo prazo. A previsão aplica-se aos planos de contribuição definida e contribuição variável tanto de entidades fechadas quanto de entidades abertas.

Duas diferenças fundamentais, entretanto, podem ser identificadas com relação ao regime de tributação das entidades fechadas e das entidades abertas de previdência complementar. O principal delas refere-se à tributação da própria entidade, vez que, como esclarece o art. 17 da Instrução Normativa SRF 588/2005, *as entidades fechadas (ou abertas sem fins lucrativos) estão isentas do IRPJ e da CSLL*. É o que prevê o art. 5º da Lei 10.426/2002 e no art. 7º da Lei 11.053/2004, o que representa uma significativa vantagem em relação às entidades abertas com fins lucrativos.

Sobre esse tema, sustenta Gaudenzi (*Tratamento Tributário Aplicado: Patrocinadores, participantes e ativos financeiros dos planos de previdência complementar*, in *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: SINDAPP, 2006, p. 215):

[...] à simples análise da estrutura das EFPC, é possível verificar que não é apenas formalmente que essas entidades não possuem fins lucrativos, mas efetivamente têm a sua organização voltada exclusivamente para a administração de planos de benefícios. Essas entidades, diferentemente das

sociedades seguradoras ou das entidades abertas de previdência complementar, têm de reverter a integralidade do seu superávit em benefício dos participantes de seus planos, restando não revertida apenas a parcela destinada ao custeio das despesas inerentes à própria manutenção das suas atividades.

Assim, é por razões, desde as mais evidentes, até as mais particulares, que as EFPC não podem ser cobradas do recolhimento da CSLL.

Nessa linha também é a observação de Carvalho e Murgel (*Tributação de Fundos de Pensão*. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2007, p. 121):

[...] exsurge patente que as entidades fechadas de previdência complementar encontram-se impedidas de auferir lucro, assim entendido como o resultado positivo, nos exatos termos fixados pela legislação comercial.

Conforme reza o regime contábil próprio das entidades fechadas de previdência complementar, estas não apuram lucro ou prejuízos, mas superávits ou déficits. E, caso apurem superávit, impede ressaltar que nunca terão sua disponibilidade, visto que tal numerário possui como destinação específica as reservas técnicas que, se não utilizadas, determinarão a revisão do plano de benefícios, diminuindo as contribuições dos patrocinadores e participantes.

Vale notar que sobre a remuneração eventualmente destinada pelos fundos multipatrocinados aos seus prestadores de serviço, envolvendo os valores obtidos a título de taxa de carregamento ou taxa de administração, incidem o IRPJ e a CSLL. Não há, entretanto, dados disponíveis sobre a destinação desses valores cobrados a título de despesa administrativa, principalmente quanto à remuneração de prestadores de serviço integrantes do mesmo grupo econômico.

Vale notar que o art. 13 da Resolução CGPC 29/2009 determina a publicação dos dados consolidados referentes às despesas administrativas no site do Ministério da Previdência Social, providência ainda não adotada pelo órgão fiscalizador do sistema.

Outro aspecto a ser salientado, nessa discussão, é o fato de as instituições financeiras poderem oferecer planos VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) para os quais não há dedução e a tributação somente incide sobre o ganho das aplicações financeiras. Esta é uma boa opção para quem faz declaração simplificada de imposto de renda (art. 1º, inciso II, e 3º, inciso II, Lei 11.053/2004), não disponível para as entidades fechadas.

É certo que tais planos são oferecidos por entidades seguradoras, e não propriamente por entidades abertas de previdência complementar. Essa vantagem, no entanto, pode muito bem ser explorada pela instituição financeira alternativamente ao oferecimento de um plano de benefícios oferecido por uma entidade fechada (fundo multipatrocinado), motivo pelo qual também deve ser considerada.

Não se pode esquecer, por fim, da taxa de fiscalização cobrada pela Susep instituída pelos arts. 48 a 58 da Lei 12.249/2010, e da taxa cobrada pela Previc, conforme previsto no art. 12 da Lei 12.154/2009. O impacto da cobrança dessas taxas, entretanto, tem sido considerado ínfimo diante do volume de recursos administrados por essas entidades.

4 Principais características dos planos de benefícios

Neste item pretendemos focar não a entidade como um todo, mas sim os planos de benefícios por elas administrados. Dessa forma poderemos avaliar melhor o produto oferecido por essas entidades aos potenciais interessados.

As entidades abertas e fechadas têm como objetivo inafastável instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 2º, LC 109/2001). Tais planos, nos termos do art. 7º, parágrafo único, podem ser de benefício definido, contribuição definida em contribuição variável, sem prejuízo do desenvolvimento de outras modalidades. Dispõe a Lei em comento:

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar. (grifou-se)

A regra encontra-se na seção que trata das disposições aos planos de benefícios das entidades abertas e fechadas de previdência complementar, atribuindo aos respectivos órgãos reguladores e fiscalizadores a competência para fixar as características desses planos.

Discussão importante refere-se à necessidade de normatização prévia pelos órgãos reguladores das

outras formas de planos de benefícios previstas na Lei. Há quem defenda, nesse ponto, que a necessidade de regulamentação é um pressuposto inarredável (*Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada: Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Oriane Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004, p. 162-163):

A primeira parte do parágrafo único do art. 7º da LC 109/2001 fixa a competência do órgão regulador e fiscalizador, que certamente é uma das figuras mais proeminentes dessa lei, para normatizar planos de benefícios.

O poder geral de normatização atribuído ao órgão regulador e fiscalizador está previsto no art. 5º da Lei. Sua competência para normatizar modalidades de planos de benefícios é apenas um desdobramento desse poder geral. [...]

Como já foi exposto ao comentarmos o art. 3º, inciso VI, da LC 109/01, o princípio básico que ocasiona e propulsiona toda a ação estatal pertinente à Previdência Complementar é a proteção dos interesses dos participantes e assistidos. [...]

Quanto mais precisa e delimitada for a normatização acerca das possíveis modalidades de planos de benefícios, menor será a possibilidade de abuso. [...] Cumpre assinalar, dessa maneira, que somente aquelas modalidades de planos que forem normatizadas pelo órgão regulador é que podem ser instituídas pelas entidades de Previdência Complementar. *Não podem estas, portanto, inventar novas modalidades de planos que não estejam desenhadas nas normas expedidas pelo órgão regulador.* (grifou-se)

Partindo desse pressuposto, impõe-se a análise das normas expedidas pelos órgãos reguladores dos respectivos sistemas para fins de regulação do art. 7º, parágrafo único, da LC 109/2001. Antes, porém, cumpre destacar que a regulação deve, necessariamente, considerar os direitos dos participantes e as especificidades dos planos oferecidos pelas entidades, conforme sejam elas abertas e fechadas.

Deve-se observar, dessa maneira, que o art. 14 da LC 109/2001 estabeleceu que os planos das entidades fechadas devem contemplar, necessariamente, os institutos do benefício proporcional diferido, da portabilidade (este restrito às hipóteses de cessão de vínculo com o patrocinador aliada à observância de prazo mínimo fixado pelo órgão regulador), além do resgate e do autopatrocínio. O art. 27 da Lei Complementar, por sua vez, ao tratar das entidades abertas, fez referência apenas aos institutos da portabilidade e do resgate.

Tanto o benefício proporcional diferido quanto o autopatrocínio, restrito às entidades fechadas, parecem

se justificar em razão da exigência de manutenção de vínculo com patrocinador ou instituidor para manutenção da qualidade de participante. Desse modo, não pode se considerar que tenham, sob esse aspecto, direitos a mais que os participantes das abertas; ao contrário, tratam-se de direitos necessários diante da restrição mencionada.

As regras que limitam a portabilidade dos recursos do participante, por sua vez, aparentemente decorrem da responsabilidade especial que o patrocinador tem com relação à entidade fechada de previdência complementar. Lembre-se que, ao contrário do que ocorre nos planos coletivos das entidades abertas, os patrocinadores das entidades fechadas somente podem exercer seu direito de retirada após o cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos até aquela data (art. 25).

Desse modo a norma busca resguardar, de alguma forma, as empresas que optaram pela criação de entidades fechadas para seus empregados, limitando a possibilidade de transferência de recursos dos planos de benefícios por ela criados. O mesmo ocorre com o resgate, que só é possível na hipótese de cessação do vínculo empregatício (art. 22, Resolução CGPC 6/2003). Essa mesma lógica não se aplica às entidades abertas, para as quais deve prevalecer o princípio da livre concorrência.

Além disso, deve-se considerar que diversas normas previstas para as entidades fechadas têm aplicação mais específica nos planos de benefício definido, para os quais a Lei parece dar tratamento mais adequado no âmbito das entidades fechadas. Esse é o caso não só da previsão constante do citado art. 25, como também 17 da Lei Complementar, que determina a aplicação imediata dos regulamentos dos planos aos participantes, observado o direito acumulado de cada um. Em se tratando de plano de contribuição definida tais disposições teriam certamente aplicação bastante limitada.

Outra característica das entidades fechadas é a obrigatoriedade de utilização do superávit para a constituição de reserva de contingência e de reserva especial (art. 20, LC 109/2001), havendo regras bastante rígidas antes de admitir-se a reversão de valores. Destaque-se que as entidades abertas não apresentam semelhante restrição.

Após enfatizadas essas especificidades estabelecidas na Lei, passamos a considerar as normas infralegais produzidas pelos respectivos entes reguladores. Estamos falando aqui, principalmente, da Resolução CGPC 16/2005 e da Resolução CNSP 139/2005.

Editada pelo então Conselho de Gestão da Previdência Complementar, a Resolução 16/2005 definiu as características essenciais dos planos de benefícios das entidades fechadas, assim dispondo:

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único. Não será considerado para fins da classificação de que trata o *caput* o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido.

Desde que se observem essas características básicas, os planos de benefícios das entidades fechadas podem adotar diversos formatos. E a conceituação elástica do art. 4º acaba por permitir uma ampla possibilidade de combinações. É o que observa Conde (*Modalidades e características dos planos de benefícios: introdução à previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 95):

Voltando-se para a modelagem de planos de benefícios, encontra-se grande quantidade de tipos de planos, mas, na essência, sempre serão enquadrados nas categorias BD, CD ou Misto.

- Na fase em que o participante está em atividade ou naquela em que recolhe contribuições, cito algumas modalidades:
- Planos com garantia de rentabilidade mínima;
- Planos que limitam os rendimentos financeiros ou adotam um teto de rentabilidade;
- Planos com garantia de benefício mínimo;
- Planos que oferecem apenas benefícios de risco e outros apenas benefícios programados;
- Planos que repassam para as seguradoras os benefícios de risco.

O Conselho Nacional de Seguros Privados, por sua vez, cuidou do tema no bojo da Resolução 139/2005 da seguinte forma:

Art. 7º Em função da cobertura por sobrevivência, os planos serão dos seguintes tipos:

I - Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável;

II - Plano com Remuneração Garantida e "Performance" (PRGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de índice de atualização de valores e de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros;

III - Plano com Remuneração Garantida e "Performance" sem Atualização (PRSA), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, remuneração por meio da contratação de taxa de juros e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável;

IV - Plano com Atualização Garantida e Performance (PAGP), quando garantir aos participantes, durante o período de diferimento, por meio da contratação de índice de preços, apenas a atualização de valores e a reversão, parcial ou total, de resultados financeiros; e

V - Plano de Renda Imediata (PRI), quando, mediante contribuição única, garantir o pagamento do benefício por sobrevivência, sob a forma de renda imediata.

Parágrafo único. Em todos os tipos de plano mencionados neste artigo, poderá ser contratada a reversão de resultados financeiros durante o período de pagamento do benefício sob a forma de renda.

Art. 8º A cobertura por sobrevivência poderá ser estruturada nas seguintes modalidades:

I - Contribuição Variável: em que o valor e o prazo de pagamento das contribuições podem ser definidos previamente e o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, por ocasião da sobrevivência do participante ao período de diferimento, é calculado com base no saldo acumulado da respectiva provisão matemática de benefícios a conceder e no fator de cálculo;

II - Benefício Definido: em que o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, e das respectivas contribuições são estabelecidos previamente na proposta de inscrição.

Parágrafo único. Na modalidade prevista no inciso I deste artigo, quando o benefício for pago de

uma única vez, o fator de cálculo corresponderá à unidade.

Comparando as duas normas, vê-se que a Resolução CNSP 139/2005 não trata da modalidade de contribuição definida. Ao contrário, a modalidade mais usual para as entidades abertas é a de contribuição variável, permitindo que os participantes dessas entidades tenham maior liberdade para alterar o valor de suas contribuições durante o período de constituição das suas reservas.

Ademais, diferentemente da Resolução CGPC 16/2005, a Resolução do CNSP se ocupa de detalhar vários tipos de planos de benefícios (art. 7º), que se inserem em alguma das modalidades previstas no art. 8º. Nada obsta, contudo, que as próprias entidades fechadas se apropriem dos tipos de planos descritos na Resolução CNSP no momento da configuração dos planos, quando da celebração do contrato previdenciário.

Não se vê, assim, qualquer restrição para a criação de um plano PGBL por uma entidade fechada, estruturando-se um plano de benefícios na modalidade de contribuição variável. Aliás, essa é a modalidade em que o próprio art. 7º, inciso I, da Resolução CNSP 139/2005 enquadra esse tipo de plano. Igualmente não se vê qualquer restrição para a instituição de planos do tipo ciclo de vida, já utilizados pelas entidades abertas e por várias entidades fechadas.

Essas são, portanto, algumas das características mais importantes dos planos de benefícios oferecidos pelas entidades abertas e pelas entidades fechadas. Observa-se, em síntese, garantias maiores para os participantes das entidades fechadas, contrapondo-se à maior flexibilidade das entidades abertas, condição esta aparentemente mais atrativa para as instituições financeiras que oferecem tais produtos.

Por outro lado, vê-se um grande espaço ainda para o desenvolvimento de novos produtos pelas entidades fechadas, a fim de tornar seus planos mais atrativos, aspecto sobre o qual deve se focar o debate sobre o fomento da previdência complementar fechada nos próximos anos. Resta saber até onde vai o interesse das instituições financeiras em oferecer produtos diferenciados específicos para as entidades fechadas de previdência complementar, viabilizando a expansão do segmento.

Não se pode afastar, também, a possibilidade de discutir-se mais profundamente o desenvolvimento de uma regulação no ambiente da previdência fechada mais voltada para planos na modalidade de contribuição variável, com características mais flexíveis. Uma medida dessa natureza pode se mostrar

fundamental para o desenvolvimento da previdência fechada.

Mas essa maior flexibilidade, cumpre ressaltar, jamais poderá vir em detrimento das garantias mínimas previstas nas disposições específicas da previdência complementar fechada, sob pena, inclusive, de se perder as características protetivas elementares e essenciais desse sistema.

Conclusão

Como observado de início, o caráter complementar da previdência privada (art. 202, CF/1988) não pode afastar a conclusão de que temos aí um importante instrumento de proteção aos direitos sociais dos trabalhadores. É o que se extrai do disposto nos arts. 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal, bem como pela inserção da previdência privada no capítulo que trata do sistema de Seguridade Social.

É isso que justifica o forte caráter interventivo da Lei Complementar 109/2001 e o que determina a crescente preocupação do Estado com o fomento da previdência complementar. Dessa forma, exsurge a importância do desenvolvimento dos mecanismos voltados para uma maior inclusão no sistema previdenciário complementar.

Um desses mecanismos, sobre o qual resolvemos nos debruçar, são os fundos multipatrocinados. A possibilidade de redução de custos, nesse caso, é visto usualmente como uma grande vantagem, capaz de estimular a ampliação do sistema previdenciário fechado.

Não se pode olvidar, contudo, que os principais fundos multipatrocinados hoje existentes são oferecidos, principalmente, por instituições financeiras, que fornecem também planos previdenciários de entidades abertas. Nossa intenção, portanto, resume-se em identificar os pontos comuns e especificidades das entidades abertas e fechadas, bem como de seus planos de benefícios, buscando apresentar sugestões voltadas para o crescimento da previdência fechada nesse setor, sem perder de vista as suas características essenciais.

Dessa forma, foi salientado o objetivo não lucrativo das entidades fechadas, em contraposição à finalidade lucrativa das entidades abertas. Identificou-se que uma das principais decorrências dessa característica, existente desde a Lei 6.435/1977, era a imunidade tributária então deferida às entidades fechadas. Isso justificaria, ademais, a limitação imposta pela legislação que permite o oferecimento dos planos de benefícios apenas para os empregados do patrocinador. A lógica da livre concorrência, desse modo, não se aplicaria às en-

tidades fechadas, mas apenas às abertas, para as quais não existe a mesma restrição.

Constatamos, entretanto, que essa distinção não se mostra tão nítida no caso dos fundos multipatrocinados, em que as taxas podem acabar servindo simplesmente como forma de remuneração de entidades do mesmo grupo econômico da instituição financeira patrocinadora. Entendemos, pois, necessária uma avaliação mais aprofundada do órgão fiscalizador quanto à destinação dos valores cobrados a título de taxa de administração e de carregamento por essas entidades.

Verificamos ainda que as entidades abertas possuem, em tese, mais flexibilidade no momento da adesão e retirada de novas empresas, o que pode representar um estímulo para as empresas aderirem a esse modelo. Por outro lado, a existência de regras mais estreitas para as entidades fechadas pode representar uma garantia maior para os participantes e assistidos, especialmente quando se trata de planos de benefício definido. A fim de minimizar eventuais críticas, destacou-se a necessidade de se estabelecer prazos bastante exíguos para a aprovação desses atos no âmbito da Previc.

Outro aspecto a ser salientado diz respeito às regras para constituição dessas entidades, visto que as entidades abertas são constituídas sob a forma de sociedade anônima e as entidades fechadas, sob a forma de sociedade civil ou fundação. Observou-se, desse modo, que as regras para a constituição das entidades fechadas são mais simples, pois não têm de atender às exigências complementares constantes da Lei de Sociedades Anônimas.

Quanto à estrutura de governança, as entidades fechadas apresentam a vantagem – da perspectiva dos participantes e assistidos – de permitir a participação dos beneficiários na gestão dos seus recursos. Esse é um aspecto que precisa ser observado também com maior atenção pelo órgão fiscalizador, especialmente nos fundos multipatrocinados, em que o interesse lucrativo das instituições financeiras pode implicar em situações de conflito de interesses.

Vale ressaltar que os dirigentes das entidades abertas ou fechadas devem observar os princípios prudenciais previstos nas ambas legislações, ponto com relação ao qual não há grandes distinções.

Do ponto de vista tributário, a falta de um produto semelhante ao VGBL ainda é um ponto em desfavor das entidades fechadas. A isenção do IRPJ e da CSLL, no entanto, é um ponto a favor dessas mesmas entidades, sendo necessário averiguar em que medida essa economia acaba sendo repassada ou não para os participantes e assistidos. Daí decorre a necessidade,

mais uma vez, de se aprofundar a discussão quanto às despesas administrativas cobradas pelos fundos multipatrocinados.

Por fim, com relação às características dos planos de benefícios administrados por essas entidades, percebe-se que a legislação da previdência complementar fechada apresenta uma modelagem mais adequada para planos de benefícios definidos, extremamente preocupada com a proteção dos direitos dos participantes e assistidos. A regulamentação, porém, deixa um grande espaço aberto para o desenvolvimento de novos tipos de planos de benefícios, restando questionar se há interesse das instituições financeiras em oferecer tipos de planos de benefícios muito distintos daqueles já oferecidos pelas entidades abertas.

Não se pode afastar, por fim, a necessidade de discutir-se mais profundamente o desenvolvimento de uma regulação mais voltada para planos na modalidade de contribuição variável, com características mais flexíveis, no âmbito da previdência complementar fechada.

Como se viu, porém, essa flexibilidade não poderá vir jamais em prejuízo das garantias mínimas previstas na legislação da previdência complementar fechada, sob pena de se perder as características protetivas essenciais desse sistema.

Referências

- CARVALHO E MURGEL, Fábio Junqueira e Maria Inês. *Tributação de Fundos de Pensão*. Belo Horizonte: Decálogo Editora, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CONDE, Newton. *Modalidades e características dos planos de benefícios*, in Introdução à previdência complementar. São Paulo: ABRAPP, 2005.
- Conjuntura Social, v. 11, n. 1, Brasília: MPAS, jan.-mar./2000.
- Conjuntura Social. v. 11, n. 2, Brasília: MPAS, abr.-jun./2000.
- GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tratamento Tributário Aplicado: Patrocinadores, participantes e ativos financeiros dos planos de previdência complementar*, in Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos. São Paulo: SINDAPP, 2006.
- Guia Previc – melhores práticas em fundos de pensão*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_101112-163932-055.pdf>. Acesso em: 22 jun./2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUSHIKEN, FERRARI e FREITAS, Luiz, Augusto Tadeu e Wanderley. *Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios*. Indaiatuba: Instituto Integrar, 2002.
- NETTO, Juliana Presotto Pereira. *A Previdência Social em Reforma: O Desafio a Inclusão de um maior número de Trabalhadores*, São Paulo: Ltr, 2002.
- Ministério da Previdência Social. *Previc. Relatório de atividades 2009*. Brasília-DF: 2010.
- Reforma da Previdência: O Brasil e a Experiência Internacional. Coleção Previdência Social, Série Debates, v. 22, Brasília: MPS, 2005.
- RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão: Temas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SOUSA e NAZARÉ, Antônio José Figueiredo Peva e Sérgio Ricardo Miranda. *Aspectos da previdência no Brasil e os fundos de pensão multipatrocinados*, in Introdução à previdência complementar. São Paulo: ABRAPP, 2005, p. 126
- TAVARES, Marcelo Leonardo Tavares. *Direito Previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- Trabajo: la revista de la OIT*, n. 67, dez./2009.
- Trinta anos da história da previdência complementar no Brasil. Brasília: SPC, 2008.
- VILLELA, José Corrêa. *Alguns pontos da privatização da previdência e da Lei Complementar 109/2001 – Previdência Privada – Desafios e Comentários à Lei Complementar 109/2001*. Marcus Orione Gonçalves Correa, coord. São Paulo: Ltr, 2004.

